

POR

DON FRANCISCO JVSTINIANO CHAVARRI, ALGVACIL MAYOR

del Supremo Conſejo de las Indias; y Doña Joſepha, y Doña Maria Franciſca Juſtiniano Chavarri ſus hermanas, como herederos de Don Franciſco Juſtiniano Chavarri, Cavallero que fuè del Orden de Santiago, y Alguacil Mayor del miſmo Conſejo.

EN EL PLEITO

CON EL SEÑOR FISCAL DE EL,

S O B R E

La nulidad que pretende en el contrato que ſupone fue venta del dicho oficio, por el defecto de ſolemnidad, forma, y ſubſtancia, dolo, y enormiſsima leſion, que dize interuino en el contrato, y venta de dicho oficio.



POR

DON FRANCISCO JVSTI-NIANO CHAVARRI, ALGVACIL MAYOR

del Supremo Consejo de Indias, y Doña Josepha, y Doña María Francisca Justiniano Chavarri sus hermanas, como herederos de Don Francisco Justiniano Chavarri, Cavallero que fue del Orden de Santiago, y Alguacil Mayor del mismo Consejo.

EN EL PLEITO

CON EL SEÑOR FISCAL DE EL.

SOBRE

La nulidad que [illegible] en el contrato [illegible] del dicho oficio, por el defecto de [illegible], forma, y [illegible] dolo, y [illegible] en el contrato, y venta de dicho oficio.

Sin temor, ni recelo alguno de la ſentencia de Caſiodor. lib.3.epiſt.36. *Nam in cauſis ſemper eſt ſuſpecta potentia, dum velle creditur, quòd poſſe iudicatur.*

1 PRetenden, y eſperan Don Franciſco, y ſus hermanas, como tales herederos, que el Conſejo ſupla, y enmiende la ſentencia de viſta dada en nueve de eſte mes de Abril, en que ſe declarò, que fue, y es el verdadero valor de dicho oficio la cantidad de 110U. ducados de vellon, y los condenaron à que dentro de treinta dias ſuplan los ſeſenta mil ducados; y no lo haziendo, reſtituyan el oficio, con ſalarios, y emolumentos cauſados deſde la conteſtacion de la demanda, abonandoles los 50U. ducados con que ſu padre ſirviò por dicho oficio, con intereſſes de cinco por ciento, y que ſe les abſuelva, y dè por libres de la pretenſion, y demanda del ſeñor Fiſcal.

2 A eſte pleito ſe diò principio con la demanda Fiſcal *de nueue de Nouiembre de 658.* y aunque ſe concluyò en èl por el ſeñor Fiſcal *en diez, y nueue de Nouiembre de 685.* no ſe viò haſta el dia *nueue de Febrero de eſte año de 696.* y es de grande admiracion que à viſta de tan doctos, integros, y zeloſos Miniſtros, y Fiſcales en el ſervicio de ſu Mageſtad, y recaudacion de ſu Real hazienda, como los que ha avido en el diſcurſo de tantos años, ſe dilataſſe la proſecucion, y fenecimiento de eſte pleito; de que ſe infiere, que en el concepto de todos, ni avia la leſion enormiſsima que aora ſe ha pretendido eſforçar por la agudeza, y empeño del ſeñor Fiſcal, à quien ſe puede reſponder con la doctrina de Menoch. *lib. 5. præſumpt.48. num.16. Tarda admodum acuſatio eſt magna innocentiæ coniectura; & lib.2. præſumpt.91. num.7. Ita quoque præſumitur fouere malam cauſam,* qui

qui diu distulit mouere iuditium, quòd iam ante mouere debebat; y es concordante el *cap. exposuit, 4. de dilat.* ibi: *Temporis quoque spatium habuerat tam prolixum, vt potuisset si voluisset super causa deliberare prædicta*; *& est text. in leg. Pupilus, 4. & leg. fin. Cod. de vsuris pupilar.*

3 Quando se viò este pleito en el dia *nueue de Febrero de este año*, se sentò en la relacion el hecho que de èl resulta; y aviendose suspendido su determinacion, se presentaron por el señor Fiscal diferentes informes, y relaciones sobre los premios que tuvo la plata desde el año de 56. hasta el de 680. y relacion de lo que vn señor Ministro del Consejo ha gozado desde dicho año de 56. hasta el de 69. y de algunas cedulas, con facultad al Factor General Bartolomè de Espinola, para las ventas de vassallos, alcavalas, y tercias, que corrieron por el Consejo de Hazienda.

4 Y para escusar la digresion del discurso, omitimos referir el hecho, reservando el tomar dèl, con fixos presupuestos, lo que fuere preciso para fundar la defensa de los herederos.

5 A dos medios reduxo à la vista su defensa el señor Fiscal para querer probar su intencion, y demanda.

6 El primero, que suponiendo propiamente venta la de este oficio, en ella se obrò con notoria nulidad, por defecto de subhastacion, pregones, y remates, citacion, y demàs solemnidades del Derecho para la enagenacion, y venta de dicho oficio, y con vicios de obrepcion, y subrepcion.

7 El segundo, que en el contrato intervino dolo, y diò causa à èl, por aver tambien intervenido enorme, y enormissima lesion, y que assi es preciso se anule la venta, ò se rescinda el contrato con restitucion del oficio, y frutos.

8 Y assi à dos medios, ò articulos se ha de reducir

tam-

tambien la defensa de estas partes, fundando en el primero, que ni esta fue propiamente venta de oficio, sino creacion, y nueva merced, y concession en remuneracion de servicios hechos, y del que se hizo de presente de 50U. ducados, y assi no fue precisa la observancia de la subhastacion, y demàs solemnidades; ni por el señor Fiscal, quando fueran necessarias, se ha probado como actor, y como devia el que no huviessen intervenido.

9 En el segundo se probarà, que esta creacion, y nueva merced, por remuneracion de servicios, passò en naturaleza de contrato correspectivo, y reciproco irrevocable, contra el qual el señor Fiscal nunca ha tenido, ni tiene accion, ni derecho para impugnarle por eviccion, ni lesion enorme, ni enormissima, y que esta ni se causò, ni pudo causarse en dicha merced, y contrato.

Articulo Primero.

10 ESte oficio, que no estava creado, ni *in rerum natura*, al mismo tiempo que su Magestad le crea, y erige, haze merced dèl al dicho Don Francisco, en atencion, y remuneracion de sus servicios, y del que haze de presente de 50U. ducados; como consta del mismo titulo, y aun supone que antes su Magestad tenia ya tomada esta resolucion, vt ibi: *He resuelto hazeros merced, como por la presente os la hago, del oficio de Alguacil Mayor del dicho mi Consejo, Camara, y Iunta de Guerra de Indias, &c.* Et inferius: *Y es mi merced, y voluntad que con las dichas calidades, y condiciones tengais el dicho oficio.* Et propè finem ipsius tituli, ibi: *Os hago merced para siempre jamàs en remuneracion de los servicios que me aveis hecho, y espero hareis, los quales son dignos de mayor remuneracion, y assi os releuo de la prueba de ellos.*

11 Y el crear estos oficios, y disponer de ellos, es

pro-

propia Regalia del Principe, *l.1.cum vrbem, ff.de offic. Praf.Vrb. Auth.de defensor.Ciuit. §.nos igitur, coll.3.* Casan.*cons.43.num.65.* Mastrill. *de Magistrat. lib.1. cap.1.* D. Valençuel. *cons.93. num.41.* D. Solorçan. *tom.2.lib.5.cap.vnic.num.100. cum pluribus.*

12 Esta concession, merced, y donacion que expressamente consta del Titulo, està calificada por la ley especial que se hizo por el mismo señor Rey Don Phelipe Quarto, *promulgada en el mismo dia que se despachò el Titulo de esta concession, y merced, y fue en 23. de Março de 654. y confirmada en 14. de Mayo de 661.* y es la *ley 1.tit.8.lib.2.Recopil. Indiar.* la qual es referente al mismo Titulo, pues refiriendo la ereccion, y creacion de este oficio, y mandando que le aya para exercerle en los casos, y cosas que por el Consejo, Camara, y Iunta de Guerra se le ordenare, prosigue, ibi: *Y*
* *goze las preeminencias POR NOS CONCEDI-*
* *DAS CONFORME A SV TITVLO.*

13 Y para calificar que esta concession, y merced de este oficio, *ex nutu Principis*, se hizo por servicios, *como su Magestad refiere, dignos de mayor remuneracion*, es precilo sentar en el hecho los que consta aver hecho el dicho Don Francisco, y sus mayores, y la prueba que resulta de ellos.

14 *En la quarta pregunta* se articularon, aunque generalmente, por los herederos; y todos los testigos deponen con bastantes noticias, assi de oìdas à diferentes personas de la Ciudad, y Provincia de Guatimala, donde se executaron, como por aver visto en la Secretaria del Consejo muchos papeles que los verifican, y despachos que se dieron, recomendando su Magestad al Presidente de Guatimala los servicios de esta familia, *para que al dicho Don Francisco, y à Don Antonio Iustiniano su hermano encomendasse alguna renta en Indios vacos, y los empleasse en algunos puestos, y oficios,*

co-

como eſpecialmente lo deponen *Don Franciſco Martinez de Grimaldo, Oficial ſegundo en la Secretaria del Conſejo; Don Pedro Fernandez Tinoco, Cauallero del Orden de Calatraua; y Don Franciſco de Mata Sarabia.*

15 *De eſtos miſmos ſeruicios ay eſpecifica relacion autentica en los autos, ſacada de los teſtimonios preſentados en la Secretaria.* Y por ella conſta,

16 *Que los dichos Don Franciſco, y Don Antonio Iuſtiniano Chauarri, Caualleros de vna miſma Orden de Santiago, ſon nietos, y deſcendientes de los primeros Conquiſtadores, y Pobladores de la dicha Ciudad, y Prouincia de Guatimala, con caſas pobladas, armas, criados, y cauallos, como gente noble, y principal.*

17 *Que el dicho Don Antonio ſiruiò en todas las ocaſiones de ſu tiempo, llegando por ſus meritos al pueſto de Teniente de Capitan General.*

18 *Que en el año de 642. entrando vn Pirata con dos Naos grandes, y dos pequeñas, Lanchas, y Canoas en Puerto de Cauallos, y con dozientos hombres en el rio de Vlua, ſe preuino Don Antonio con tanta actiuidad, y preſteza para el ſocorro de gente, armas, y nouenta cauallos, con desjarretaderas, arma importante en aquellas Prouincias: Que el Preſidente le eſcriuiò, y agradeciò el cuidado, y diligencia, en que ſe dexa conocer gaſtaria muy gran cantidad de reales.*

19 *Que en el año ſiguiente de 643. por el mes de Iulio, auiendo entrado en el Puerto de la Ciudad de Truxillo diez y ſeis Vrcas de Piratas, y apoderadoſe de la Ciudad, ſin poderlo reſiſtir los vezinos, retirados de temor en los campos, y montes; hallandoſe Don Antonio en la Alcaydia Mayor de las Prouincias de San Saluador, y San Miguel, diò auiſo al Preſidente de la Audiencia, y Capitan General Don Diego de Auendaño, y ofreciò ir à ſeruir con ſu perſona, y gente de ſu gouierno, lleuan-*

uandola, y ſuſtentandola à ſu coſta, peltrechada de to-
* *do lo neceſſario, ſin mas interès que el gouierno de la gen-*
* *te, por tocarle como Teniente de Capitan General, y que*
* *en eſto gaſtaria, ſiendo neceſſario, cincuenta mil ducados.*

20 *Que auiendoſe viſto por el Preſidente en Iunta particular de Miniſtros Superiores el auiſo, y ofrecimiento hecho, ſe le admitiò, y la afiançò Antonio Iuſtiniano ſu tio, Regidor perpetuo de Guatimala; y dudan-*
* *do la Iunta ſi ſeria para ſuſtentar toda la gente mien-*
* *tras duraſſe la guerra, haſta conſumir dichos cincuenta*
* *mil ducados, ſaluò eſta duda dicho Antonio Iuſtiniano, afiançò de nueuo eſte ofrecimiento, y obligacion, ſegun la orden que tenia de dicho ſu ſobrino.*

21 *Y aunque para eſta faccion eſtaua nombrado Don Iuan Sarmiento, acordò la Iunta que fueſſe dicho Don Antonio, y ſe le dieſſen los deſpachos neceſſarios, y las gracias por eſte ſeruicio, en continuacion de los he-*
* *chos por èl, y ſus paſſados, añadiendo el Preſidente los*
* *remuneraria en lo que ſe ofrecieſſe, y auiſaria à ſu Ma-*
* *geſtad para que lo premiaſſe.*

22 *Y dexando por Gouernador de las Ciudades de San Saluador, y San Miguel al dicho Don Franciſco ſu hermano para defenſa de aquella Prouincia, ſaliò en el dia veinte de Agoſto de dicho año con los trecientos ſoldados, Capitanes, y Oficiales de nueue Compañias, con todos los baſtimentos, armas, municiones, y peltrechos neceſſarios, lleuando la gente diſciplinada, y experta, ſuſtentandola à ſu coſta todo el tiempo que durò el conducirla, y tener arboladas las vanderas, haſta que temeroſo el Enemigo ſe retirò, y dexò libre la Tierra: Y por orden de dicho Preſidente diò la buelta Don Antonio à la Ciudad de San Saluador, cuya jornada durò quarenta dias, y al fin de ella hizo publicar vandos, para que los que huuieſſen dado baſtimentos para la dicha gente acudieſſen por la ſatisfaccion, y paga.*

Y

23 *Y que por el libro del Pagador, y Tenedor de*
* *baſtimentos, conſtò auer gaſtado con la gente dicho Don*
* *Antonio 17U573. toſtones de à quatro reales de plata, ſin lo que gaſtò con ſu perſona, y criados, y mas de treinta perſonas de ſatisfaccion que ſe ofrecieron à ſeruir à ſu Mageſtad cerca del ſuſodicho, y los lleuò, y ſuſtentò à ſu meſa.*

24 *Y tambien conſta por declaracion del Marquès de Lorençana, luego que acabò de ſer Preſidente, que en las demàs invaſiones de Enemigos en los Puertos de*
* *aquellas Prouincias, auian ſalido à ſeruir à ſu coſta los*
* *padres, y abuelo de dicho Don Franciſco, y Don Anto-*
* *nio, leuantando Compañias de Infanteria, y de à Cauallo; y que en los negocios de encabeçamientos de Alcaualas, y nueuo crecimitnto de ellos, y otros derechos para la Armada de Barlovento ſiruieron con gran zelo, haſta que ſe conſiguiò el efecto.*

25 Y tambien ſe aſsienta por llano, que ni las cantidades referidas, ni tan continuos, y grandes ſeruicios nunca han tenido, ni ſe les ha dado por ſu Mageſtad remuneracion alguna.

26 Eſto ſupueſto, es de creer, como tan veroſimil, que en el memorial, y ſuplica que por Don Franciſco ſe diò à ſu Mageſtad para la merced de eſte oficio, en que ofreciò el ſeruicio de los dichos cincuenta mil ducados, haria tambien eſpecifica relacion de los ſeruicios referidos, de que conſtarà por dicho memorial, aueriguaciones, informes, y conſultas, que deven pàrar en la Secretaria donde eſtàn los teſtimonios, de donde ſe ſacò la relacion de dichos ſeruicios.

27 Pero aunque la mencion no fueſſe eſpecifica, ſino es general, como deſpues la haze ſu Mageſtad en el titulo, ò reſcripto de eſta merced, y donacion, baſta que concurra aſsi la circunſtancia de conſtar por inſtrumentos, viſtos, y aprobados *in Conſilio Principis*, ò que

despues se ayan justificado por dichos herederos en la probança de testigos, y relacion autentica sacada de dichos testimonios, y con esta distincion, loquuntur Mascard. *concl.* 184. Gramat. *decis.* 65. *num.* 62. Casanat. *consil.* 10. *num.* 32. Escobar *de ratiotin. cap.* 24. *num.* 32. Hermosill. *in l.* 53. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 1. *num.* 20. & 21. D. Valençuel. *consil.* 153. *num.* 9. D. Solorç *tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 44. ibi: *Et maximè si ex actibus, & instrumentis in eius consilio visis, & approbatis deducta esse affirmet; tùm eius dictis, & relationi absque alia inquisitione, vel hæsitatione standum sit, vt post Baldum, Iason, & alios, &c.* Et prosequitur *dict. num.* 44. versicul. *Secundò constituo.* Y para prueba de esta conclusion es elegante text. *l. fin. C. de leg.* vbi imperat Iustinian. ait: *Quis enim tantæ superbiæ fastidio tumidus est, vt Regalem sensum contemnat*; faciunt tradita per Garciam *de nobilit. glos.* 2. *num.* 20. ibi: *At verò in Principe asserenti de benemeritis, alia ratio est, quia est sibi credendum.* Et inferius: *Cum gratia ipsius Principis fundetur in benemeritis, immo etiam si Princeps fundet in facto alieno, secum tamen gesto, est ei credendum.* Et in comprobationem plura tradit.

28 Otra distincion que traen los DD. es muy de caso presente: *Porque ò la donacion remuneratoria, facta est inter personas prohibitas, vel inter eas quibus liberum, & permissum est donationes facere. Primò casu non sufficit confessio donatoris, sed probanda sunt merita, & eorum æstimatio ab ipso donatore. Secundò verò casu probatio meritorum non est necessaria*; vt probant *l.* 1. *§. mutuam, ff. si quis in fraudem patron. l. si fortè, ff. de castrens. pecul.* Garc. *de donat. remun. num.* 42. Sanch. *de matrim. lib.* 6. *disput.* 6. Reinos. *obseru.* 31. *num.* 12. Castillo *lib.* 5. *controuers. cap.* 80. *num.* 38. & *melius in tract. de tertijs, cap.* 18. *num.* 71. Hermosill. *in l.* 3. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 1. *num.* 17. Fontanel. *de pact. claus.* 4. *glos.* 7. *part.* 2. *num.* 16.

29 Y no aviendo prohibicion, como no la huvo, de parte de su Mageſtad para poder hazer eſta merced, y remuneracion de ſervicios, como tampoco de parte de Don Franciſco, pues fue capaz, y habil para adquirirla, reſulta tener juſtificada ſu intencion los herederos para excluir que eſta no fue venta de oficio, ſino nueva creacion, conceſsion, y merced hecha por ſu Mageſtad.

30 Y aun hablando con mas propiedad, no fue eſta donacion: *por que la remuneratoria non eſt propriè donatio, ſed potiùs quadam permutatio, ſeù titulus onerosus, l. Aquilius regulus, ff. de donat. l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de petit. hareditatis*, D. Covarrub. *in cap. cum in officijs, de teſtamentis, num.* 29. Gratian. *tom.* 1. *diſcept.* 22. *num.* 2. Mantic. *de tacitis, lib.* 3. *tit.* 2. *num.* 7. Fontanel. *de pact. dict. gloſ.* 7. *& part.* 2. *num.* 15. y eſte contrato *verè & propriè dicitur contractus innominatus, do vt des, l.* 1. *l. hoc iure, §. fin. ff de donat.* Bartul. *in l.* 2. *C. de condit. ob cauſ.* Altograd. *conſ.* 7. *num.* 17. Reinoſ. *obſeru.* 31. *num.* 1. *quia talis contractus non habet cauſam merè lucratiuam, vt requiritur de eſſentia donationis.* Y aſsi la donacion remuneratoria, *dicitur accepti beneficij merces, & compenſatio, ſecundum Bart. in l. frater à fratre, num.* 57. *& in l.* 1. *ff de donat. & in dict. l. Aquilius, num.* 3. *& ex his*, & alijs Antunez *de donat. Reg. lib.* 1. *pralud.* 2. *num.* 34. *cum ſeqq.*

31 Mas dize el ſeñor Don Juan de Soloꝛç. *tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 63. *&* 64. que aunque en otras donaciones *voluntariè ſoleat Rex ſuſcipere defenſionem partis; vbi tamen donatio facta eſt propter benemerita, ad id precisè tenetur; quia non eſt ſimplex donatio, ſed genus quoddam permutationis; vt in dict. §. conſuluit.* Refiere diferentes Deciſiones, y DD. y a Gracian. *lib.* 4. *diſcept. forenſ. cap.* 657. *num.* 53. vbi dicit: *Quòd donatio ex cauſa meritorum aquiparatur dationi in ſolutum, & in ea debetur euictio*; y refiriendo la doctrina de Ca-

ve-

vedo *in decis. 36. num. 6.* prosequitur: *Quòd Rex tenetur contractus à se gestos indemnes seruare, non solum per se, sed etiam per Officiales suos, & possunt partes Regium Procuratorem in ius vocare.*

32 Quibus consonant tradita per Antunez *de donat. Reg. lib. 1. cap. 3. num. 57.* vbi ex Guzm. *de euict. quæst. 25. num. 43.* Rebuf. Castill. Capicio, Bursat. & alijs, defendit: *Principem teneri de euictione quando donatio fuit remuneratoria, quia est quædam permutatio, seu titulus onerosus, & non continet causam merè lucratiuam, sed onerosam, & est similis dationi in solutum; & dicitur contractus innominatus do vt des, & num. 59.* concludit, ibi: *Vndè nihil mirum videtur si Princeps de euictione teneatur, Rex enim ex iustitia benemeritos remunerare debet, quia ex remuneratione benemeritorum Fisci, & Principis magnum versatur aumentum.*

33 Y aunque esta merced se quiera considerar *POR TITVLO, Y PRIVILEGIO* concedido per viam contractus, *nec debet, nec potest per Principem reuocari,* iuxta doctrimam Bald. *in l. si cum mihi, ff. de dolo,* Phæb. *decis. 33. num. 5.* D. Valenç. *consil. 2. num. 68.* Valasco *consult. 72. num. 5.* Rosent. *de feud. cap. 3. conclus. 21. num. 2.* Mieres *de maiorat. 1. part. quæst. 20. num. 5.* porque el Privilegio *transit in vim contractus* quando se concede *ob benemerita*, y nunca se tiene derogado por general revocacion, mayormente si habet clausulas eficacissimas derogatorias, Flores de Mena *lib. 1. variar. quæst. 10. num. 46.* Gonçal. *in reg. 8. glos. 36. num. 37.* D. Salgad. *de Reg. 3. part. cap. 10. num. 93.*

34 Y teniendo, como tiene, la concession de este oficio en su Titulo, y Privilegio *la derogacion de todas las leyes, cedulas, estilo, vso, y costumbre de estos Reinos, y empeñada su Magestad, su fee, y palabra Real, por si, y los Reyes sus sucessores de no reuocarle, dando por*

nulo quanto en contrario se biziere, y executare; como formado, y hecho en contravencion de contrato reciproco; se sigue necessariamente, que por parte de su Magestad no se puede rescindir, ni anular, *nec de plenitudine potestatis;* porque los contratos *proueniunt à iure gentium, & licèt Deus, Principibus subiecerit leges: immò & vniuersum mundum, tamen non illis subiecit contractus, quòd etiam procedit in Romano Pontifice, quia Princeps vtitur iure communi, & habetur, vt quilibet priuatus,* plura tradit Antun. *lib.2.cap.11. à num.8. & num.* 16. cum D.Molin. *lib.4.de primogen.cap.3. num.19.* notat: *Principem esse debet sicut Polus in Cœlo, & sicut lapis angularis in terra, & habere vnam linguam, & vnum calamum;* & quòd illi convenit illud verbum *Semel locutus est Deus, & quæ processerunt de labijs meis, non faciam irrita, & ex indè quòd contractus Principis vicem leges obtinent, §.sed & quòd Principi, instit. de iure natur.* D.Larrea *alleg.3.num.7. & alleg.119. num.9.* D.Valençuel. *dict.cons.2.num.62.* concluye *à num* 20. idem Antun. *Principem ex suo contractu rectè obligari, non tantum vi directiua, sed etiam vi coactiua, ex Petr.Greg. Gregor.Lopez, Madera, D.Larrea, Azor, Salas de legib. Bonacin. D. Salced. de lege Politica, lib.1.cap.7.num.10. D.Valençuel. vbi supr. num. 61. & 62.*

35 Solo en vn caso pudiera el Principe reformar el contrato, *quando vrget causa publicæ vtilitatis, putà pro bono pacis, l.quòd semel, ff. de decret. ab ordine faciend. cap.in nostram, de iniurijs,* D.Valençuel. *cons.99. num.34.* D.Larrea *dict.alleg.3.num.8. & num.10.* nota, y advierte: *Quòd non qualibet iusta causa sufficiens est ad reuocandum contractum, sed requiritur, quòd concernat fauorem publicum principaliter, & non in consequentiam, neque ex causa vtilitatis Patrimonij Fisci:* ita concludit Antun. *dict. cap.11. num.33. cum*

Ia-

Iasone in l.Barbarius Philippus, num.44. ff. de officio Pratoris, Bart. *in l.toties, §.si cui, ff. de policitationib.* Mienç. *in l.6.tit.15.glos.9. lib.5. Recopil.* Mastrill. *de Magistrat.lib.3.cap.4.num.346.* D.Larr. *dict. alleg.3. num.46.*

36 *Ex dictis,* resulta, que no siendo venta la que se hizo de este oficio por su Mageſtad (ſino vna nueva creacion, y nueva concession, y merced hecha al dicho Don Francisco en remuneracion de los servicios suyos, y de su hermano Don Antonio, Antonio Justiniano su tio, y demàs ascendientes, primeros Conquistadores, y Pobladores de dicha Ciudad, que nunca se premiaron, ni remuneraron por su Mageſtad, y que se reduce à vn contrato oneroso de permutacion, ò contrato innominado, *& similis dationi in solutum,* en que el Principe *tenetur de euictione*) no puede considerarse nulidad por medio alguno de los que se pretenden por el señor Fiscal, por defecto de subhastacion, pregones, y remate, ni las demàs solemnidades que se requiere por las leyes para el que es propio contrato de compra, y venta, pues nada de esto interviene, ni es necessario para la perfeccion, y validacion de la merced, y donacion remuneratoria, ad tradita per Mangil. *de subhastat. quæst.151. num.2.& seqq.* Posth. *eod. tractat. inspect.9. signanter num.16.*

37 Vltrà de que abstrayendo de todo lo dicho, quando esta donacion, y contrato se transformàra en el expresso, y riguroso de compra, y venta, *adhùc,* no tiene intento el señor Fiscal, porque el hecho de aver intervenido, ò no la subhastacion, y demàs solemnidades, no le justifica, ni ha probado como actor, è intencion suya, y à quien incumbe esta prueba, ex traditis à DD. Francisco de Amaya *in l. si tempora, 3. de fide, & iure hastæ Fiscal. à num.18.* donde toca la questión en terminos, ibi: *Sed difficilis videtur nostra constitutio dum à debi-*

to-

tore exposcit probationem, qua probet has solemnitates in subhastatione non interuenisse; l.actor, 23. C. de probat. cap. super hoc, de renunciat. cum Bald. Acursio, Aluarez, & Valenç. ex quorum mente responderi potest: negatiuæ probationem incumbere debitori neganti solemnitates defuisse: Quia cum ea probatio sit fundamentum suæ intentionis, incumbit eidem; l. si per alium, 5. §. docere, ff. ne quis eum, qui in ius vocatus est, vbi notant DD. y dà la razon, ibi: *Quia vbi actor fundat intentionem in negatiua tenetur omninò eam probare quomodo possit, vt docet post Bart. Iason. in l. in illa stipulatione, num. 14. de verb. obligat. & plures referens Valençuel. num. 18.* Y tambien, *porque la probança de negatiua, non est impossibilis, quia multiplices, & concludentes habet probationes, testè Paul. Castrens. Ripa, Felino, Decio, Antonio Fabro, & alijs.*

38 *Tandem* concluye ipse D. Amaya, ibi: *Vndè, & si probationis onus incumberet emptori contractum solemniter fuisse celebratum; l. quæcumque, 13. §. fin. ff. de Publician. in rem act. Tamen solemnitas extrinseca, semper præsumitur, & pro actu gesto præsumptio transfert onus probationis in aduersarium; l. cum precibus, 18. C. de probat. l. generaliter, 14. §. si petitum, ff. de fideicommissarijs libertatib.* ex Menoch. Bart. Baldo, Rebuso, Mascard. y Aceved. *in l. 4. tit. 5. lib. 7. Recop. num. 36.* De esta doctrina es concordante el lugar de Posth. *de subhastatione, in spect. 67. à num. 49.* vbi dicit: *Quòd in antiquis semper præsumitur pro sententia, & decreto Iudicis etiam absque solemnitatum enunciatione.* Et ibi: *Cum generaliter vbi lapsum est tempus triginta annorum omnes solemnitates interuenisse præsumantur, videlicèt stimatio, citatio adiudicatio, & similia etiam si non fuerint enunciata;* y cita à Mangilio, Vrselio, y otros: *Quòd locum habet in omnibus Tribunalibus, & etiam in omni negotio, siuè ad Ecclesiam, siuè ad minorem*

rem

rem pertinente. Y prosigue con otros fundamentos, y doctrinas, facit quòd asserit, & tenet D. Salgad. *de supplicat. ad Sanctiss. 2. part. cap. 15. num. 45. quòd omnes defectus suplentur ex contractu gesto coram Principe.*

Articulo Segundo.

39 DE La naturaleza del mismo contrato que dexamos fundado, que se contiene en la merced, y donacion remuneratoria, ò ya se considere propiamente donacion, permutacion, contrato innominado, *vel similis dationi in solutum*, resulta, que assi como no es capaz, ni se requiere insinuacion en esta donacion reciproca, de la misma suerte tampoco es capaz de que en ella se pueda causar lesion, ni pueda dar derecho, ni accion para proponerse, notat Glos. penult. *in dict. l. sed si lege, §. consuluit, de petitione hæreditatis*, Nata *cons. 609. num. 9.* Oldrad. *consil. 139. ad habendum*, & ex his iuribus ita tenet Antunez *de donat. Reg. lib. 1. prælud. 2. & ex leg. de fideicommisso, C. de transact.* infiere la razon, y motivo *num. 53. in fin.* ibi: *Ex ea ratione, quia lesionem non continet cum hinc indè detur, & recipiatur.*

40 Por otra razon no puede darse derecho, ni accion en el señor Fiscal para proponer el remedio de la lesion; porque si en este contrato, y donacion remuneratoria, *Princeps tenetur de euictione*, vt tenent Guzm. *dict. quæst. 25. à num. 43.* Caved. *decis. 119. num. 12. & 13.* Capic. Latr. *consult. 38. n. 24.* & cum plurib. D. Solorçan. *tom. 2. lib. 2. cap. 10. à num. 58.* por cuya causa dicit Caved. *vbi supr. num. 13. Quòd solet experiri Regium rescriptum, vt Procurator Regiæ Coronæ litem aduersus donatarium motam tueatur*; mal puede intentarse dicho remedio contra la donacion, y naturaleza del mismo contrato, *pues en todo tiempo el Principe, y su*

su Procurador Fiscal, tenentur tueri donationem quam fecit in remunerationem seruitiorum, ita contra Pinel. tenent Cesar de Grasis *decis. 2. de donat. n.* 18. vbi ita in Rota testatur decisum Gratian. *discept.* 386. *n.* 31. Guzman *dict. quæst.* 25. *num.* 43. D. Solorç. *vbi supr. num.* 63. & 64. y esto mismo està establecido, y mandado por ley del Reino 15. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.* ibi: *Las mercedes que se hizieron por buenos, y razonables seruicios correspondientes à ellas, deuen ser conseruadas.*

41 Y que en la donacion remuneratoria no se pueda considerar, ni dar lesion enormissima, tenent omnes DD. traditi ab Hermos. *in l.* 56. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 4. *num.* 107. ibi: *Limita vndecimo in contractu donationis quoties constat de mera voluntate donantis, ex Abbat. Crauet. Corneo, Surdo, & alijs.* Et ibi: *Nam cum donatio procedat ex mera liberalitate, & semper qui donat lædatur, omnis donatio reuocaretur.* Et inferius, ibi: *Amplia, & si enormissime donans sit læsus si iuramento donatio fuit confirmata, vt in præsenti casu*, pues su Magestad assegurò, y empeñò su fee, y palabra Real para la seguridad, y firmeza de esta merced, *quòd habet vim iuramenti.*

42 Solo pudiera repararse en los terminos que vamos hablando en vn punto; pero sin substancia azia el intento del señor Fiscal, scilicèt, si los servicios contemplados, y justificados son equivalentes al valor de la cosa donada; y si en el excesso necessitava de insinuacion, y consiguientemente si en èl pudiera darse lesion alguna, y rescindirse, *ex remedio, l.* 2. *Cod. de rescindend. vendit.*

43 *Quo casu* los A A. resuelven, que regularmente el donante *ex capite læsionis, no puede rescindir la donacion*; porque donando siempre recibe daño; y si se rescindiera la donacion, ninguna quedàra firme, y estuviera sujeta à qualquier nulidad, por cuya causa *in do-*

natione simplici non habet locum remedium; dict. leg. 2. vt ex Bart. Surd. Agust. Barbos. & alijs, tenet Antun. *lib. 1. dict. pralud. 2. num.* 41. y que solo ha lugar este remedio *quando donatio fuerit magna, & sine causa, quia tunc verè sonat in vitium prodigalitatis: Putà quia omnia bona donauit, & tunc poterit donatio rescindi ex enormissima læsione.*

44 Lo qual no procede en este caso, porque aunque pudiera darse excesso respectivè à los meritos, y servicios de Don Francisco, pudo tenerlos, y juzgarlos su Magestad (como lo hizo) por dignos de mayor merced, y compensacion, vt ex D. Menoch. & alijs, tenet Castill. *de tertijs, cap. 18. num. 65.* ibi: *Quòd & si merita ex se non habeant perpetuã commensurationem cum re concessa; tamen sufficit Principem iudicasse merita eiusmodi fuisse, vt deberent donatione, aut gratia facta compensari, & paria esse sua liberalitati, & satisfactioni: & si enim merita digna non essent tanta recompensatione, attamen celsitudo ipsa Principis eiusque munificentia iudicat: ipsi recompensationi æqualia esse.*

45 Fuera de que la calidad de los meritos, y servicios hechos por dicho Don Francisco son de aquellos grandes, è insignes, *quæ non recipiunt æstimationem, & quorum remuneratio non est commensurabilis cum ipso beneficio accepto*, vt prosequitur idem Castill. *vbi supr. num. 71.* vers. *Et denique*, siguiendo la doctrina de Menoch. *cons. 1003. num. 64.* Et prosequitur, ibi: *Si tu me à morte mihi imminenti liberasti, si me ab hostium manibus, & seruitute eripuisti: si tua opera, & industria Patriam defendisti, si in bello singularia, & egregia seruitia Regi, & Regno præstitisti: & alia similia prout ibidem ipse Menoch. comprobat.* Con que no pudiendo medirse, y conmensurarse estos meritos, y servicios, ni se puede practicar la insinuacion en el excesso, ni considerarse por ningun modo lesion, que avia de ser excediendo

do la donacion al valor de los meritos en mas de la mitad, vt voluit Bald. *in Auth. ex testamento, C. de collat. num.* 1. verſ. *Sed contra hoc facit.*

46 Luego teniendo eſtas partes, con el titulo, donacion, y merced de ſu Mageſtad, por los grandes, è inſignes meritos, y ſervicios del dicho Don Franciſco, y el que hizo de los cincuenta mil ducados, todas las preſumpciones de derecho à ſu favor, de que vnos, y otros ſervicios fueron conmenſurados al valor de la coſa donada, como aſsi ſe eſtimò, y juzgò por ſu Mageſtad, *y aun dignos de mayor remuneracion*, quòd ſufficit, vt probatum eſt ſuprà. Quien dixere, y afirmare lo contrario, y que vnos, y otros ſervicios no fueron equivalentes, lo deviò probar, y juſtificar plenamente; y no aviendoſe hecho alguna por el ſeñor Fiſcal, no puede tener intento.

47 Haſta aqui avemos diſcurrido en los terminos de vna merced, y donacion remuneratoria, con la naturaleza, y contrato de permutacion innominado, *do vt des, vel ſimilis dationi in ſolutum*, en que convienen todas las reglas, y concluſiones que quedan pueſtas; pero ſin perjuicio de eſta defenſa, aunque ſe conſideràra por contrato de compra, y venta, como ſe haze, y pretende por el ſeñor Fiſcal para poder acomodar ſus elevados diſcurſos voluntarios, y concluſiones generales, todavia aun en eſte caſo no ha podido, ni puede vſar, ni proponer el remedio de la leſion, *dict. leg.* 2. *C. de reſcind. venditione* (dado, y no concedido que ſe huviera cauſado *tempore contractus, vel poſt contractum*) de quo infrà latius agemus.

48 Lo primero, porque la demanda ſe puſo deſpues de los quatro años, *l.* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop.* y no pudo vſar del remedio, *l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* Matienç. *in dict. l.* 1. *gloſ.* 10. *num.* 8. Gutierr. *lib.* 2. *pract. quaſt.* 143. *per tot.*

Lo

49 Lo segundo, porque aviendo renunciacion dèl con juramento, como lo es la fee, y palabra Real de su Magestad, ni la restitucion se pudo pedir sin preceder la relaxacion, y absolucion dèl, ni sobre la restitucion ha avido conocimiento, ni està determinada, ni concedida, sin cuya solemnidad, y requisitos legales, ni obra cosa alguna la restitucion pedida, ni en virtud de ella pedir, ni vsar del remedio, *d.l.2. notant DD. in d.l.2.* Ancarr. *cons.30.num.2.in fin.* Anton. Gom. 2 *tom. variar. cap. 2. num.25.* Gregor. Lop. *in l.56.tit.5. part.5. glos. fin.* D. Covarr. *lib.2. variar. res. cap.4. num.5. & in cap. quamvis pactum, 3. part. §.4. num.5.* donde afirma, que assi fue juzgado en la Real Chancilleria de Granada, D. Alfons. Villadieg. *en su Politic. instruccion, & form. libeland. num.139. fol. mihi 252.* versic. *Y lo mismo serà.*

50 Lo tercero, porque es supuesto, llano, y caso de ley del Reino que en los Arrendamientos de rentas Reales no se admite, ni practica este remedio, ni de parte de su Magestad, ni por la del Arrendador, *l.14. tit.9. lib. 9. Recopil.* ibi: *Que no le sean quitadas por dezir que al tiempo del contrato, ni despues huvo lesion en el precio, aunque sea aliende de la mitad del justo precio; y mandamos à los nuestros Fiscales que sobre esto no molesten, ni demanden à los nuestros Arrendadores. Et l.15. eod. tit. & lib.* ibi: *Que lo mismo se guarde en los que de Nos arrendaren, pues arriendan à todo su riesgo, y auentura.*

51 Con el motivo, y fundamento de estas leyes trata esta question en terminos D. Francisco de Alfaro *de offic. Fiscal. glos.34. à num.50. special.8.* ibi: *Pro octavo speciali quærendum est, an in vinditionibus Fiscalibus locum habeat; l.2. C. de rescind. vendit.* Este caso dize le tuvo de facto en diferentes ventas de oficios que beneficiò, y vendiò en mayores precios de los en que

an-

antes se avian distraìdo, pues el Tesorero de la Casa de Moneda del Lugar de Potosì moviò pleito, y para su defensa *dize este Autor que su principal fundamento sacò de dichas leyes del Reino*; porque hablando en terminos de locacion, y equiparandose este contrato al de compra, y venta, *l.2.ff.locat. Princip. institut. eod.* Angel. *in §.pretium, instit. de empt. & vendit. num.4.* Tiraquel. *de retractu lignag. §.1. glos.14. n.3. & alijs.* Prosigue, ibi: *Idque sine difficultate est, & ita èconuerso eadem fieri debet extensio, ita vt omninò dispositum in locatione, & ad venditionem extendatur, ex text. in leg. si filius familias, 6. C. ad Macedonianum præsertim, quia in æquiparatis omninò extensio fit, glos. in cap. præsenti, de sent. excom.* plures relati à Mieres *de maiorat. 1. part. quæst. 208. num.4.* y prosigue fundando esta conclusion cum pluribus, y resuelve *num.53. in fine*, ibi: *Ex quibus plusquam planum est in venditionibus Fiscalibus non esse locum remedio, l.2. C. de rescind.*

52 Para esta resolucion no se contentò este Autor con solo el fundamento que induce, *ex dict. leg. 14. & 15.* porque su resolucion la funda con otras razones, *ex num.54. La primera*, porque dize que estos oficios *quæ publici iuris sunt stimari non possunt, l. illud, 9. C. de excusation. muner. lib.10.* y que aunque resulte vtilidad pecuniaria, *non tamen illa certa est, & quoad commodum attinet emptor euentum fortunæ censetur emisse, l. si à lege, 17. C. de vsur.*

53 *La segunda*, ad nostrum propositum, pone, ibi: *Nam sciens rei valorem non potest petere restitutionem, nec necesse est, vt renuntiet, dict. leg.2. C. de rescind.* vt probat Matienç. *in l.1. tit.11. lib.5. Recop. glos. 8. num.35.* & Gutierr. *lib.2. practic. quæst.140. num.1.*

54 *La tercera, nam contractus factus cum Iudicis decreto non subiacet, dict. leg.2. immò, nec contractus confirmatus à Iudice*, vt tenet Gregor. Lopez *in l.56.*

tit.

tit. 5. part. 5. glos. 4. circà medium, ibi: *Tamen dictum Baldi procedit ex eo, quia venditor sciuit pretium conuentum non esse iustum, & nihilominus vendidit.* Et inferius, ibi: *Et nota quòd si contractus venditionis esset confirmatus per Iudicem, non posset agi remedio huius legis, vt in l. 1. & ibi Barth. & Ioann. de Platea, Cod. de Prædijs Decurion. lib. 10. & idem Platea in l. si quos, C. eod. tit. & lib.*

55 *La quarta, y vltima razon* refiere el mismo Autor, his verbis: *Huiusmodi autem contractus à Iudice, imò à Iudicibus celebrantur, vt vidisti hoc §. & confirmantur à Prorrege, nec de dolo ex proposito, vel fraude quid dici potest, nec de fraude ex re ipsa; & possemus non incommodè dicere, quòd de permutatione beneficiorum, scilicèt, non subiacere remedio læsionis, Cedall. quæst. 537. num. 51.* y en comprobacion trae la *ley del Reino 20. tit. 7. lib. 9. Recopil.* que hablando de los bienes que se toman à los deudores para la paga de tributos Reales, dispone, *que vna vez estimados por los Apreciadores nombrados por los Oficiales del Lugar, sean recibidos por los Compradores; y que esta venta no se pueda retraer, aunque aya engaño, en la mitad del justo precio.*

56 Esta doctrina de D. Francisco de Alfaro la sigue, y cõfirma en los propios terminos D. Larr. *alleg. 82.* donde pone este mismo caso, y lo resuelve *à num. 4. & num. 6.* ibi: *Sed etiam in officijs, & eorum venditione læsionem admitti non posse, quasi magis respiciant honorem, & authoritatem, quam vtilitatem pecuniariam, nec ea quæ iuris publici sunt commodè stimari possunt,* y cita à Tiraquel. Socin. Bald. Menoch. Gregor. Lopez, & prosequitur, ibi: *Et in terminis probabit D. Alpharus de officio Fiscalis, glos. 34. §. 1. speciali 8. num. 50. cum seqq. cuius opinio, quia expressè à nullo improbatur admittenda ex traditis à Franc. Beccio lib. 1. cons. 2. num. 11. dum probat, vbi non est contradictor, opinio alicuius*

Do-

Doctoris etiam sine authoritate loquentis, quasi casus legis habenda, Riminald. Iunior. volum. 6. cons. 689. num. 160. Menoch. cons. 73. num. 17. Sessè 2. part. decis. 230. num. 6. Gratian. tom. 2. discept. 281. num. 19. & 335. num. 23.

57 No podemos omitir el numero siguiente del señor Larrea, pues se estrecha mas à nuestro caso, por ser alli el oficio vendido de primera creacion; y cõtinuando su doctrina dize, *ibidem num. 7. Idque eo maximè procedit, quia hac venditio de qua agimus facta fuit de prima creatione officij, quòd & eius ad alium translatio, sine indulgentia Principis, & concessione fieri non potest, ad text. in l. apud Iulianum, 41. §. constat. ff. de leg. 2.* ibi: *Quoniam comertium eorum, nisi iussu Principis non est, cum distrahi non soleant: & id quòd iuris publici est in officijs non rectè potest estimari, vt notauit Auend. resp. 9. num. 9. vers. Et ratio potissima.*

58 *Et tandem* para no apartarse el señor Larrea de la opinion, y doctrina D. Alfar. remata su alegacion *num. 14. in fin.* ibi: *Præsertim iuxta quòd suprà notabimus non esse admittendam læsionem officiorum, quæ à Rege venduntur ex opinione D. Alphari, & rationibus, num. 4. 5. 6. & 7. suprà adductis.*

59 Y si en el caso presente, como es notorio al Consejo, y resulta de la misma merced, y Titulo, y probança hecha por los herederos, precedieron las averiguaciones, informes, y consultas para el precio, y valor de este oficio; y su Magestad aprobò, y confirmò la resolucion, y contrato, y con efecto despachò Titulo, y Privilegio de este oficio, proceden los fundamentos, y razones que Don Francisco de Alfaro, y el señor Larrea tuvieron presentes para defender, y resolver que en estas ventas Fiscales de oficios no se puede practicar el remedio de la *ley* 2. en nuestro caso procede con superiores motivos, por lo que antes de aora dexamos fundado: *Y por que*

tan

tan graves AA. doctos, *y zelosos Fiscales de su Mageſtad*, cerraron la puerta al intento, y pretenſion del ſeñor Fiſcal, pues alli defendieron, y reſolvieron, que para los compradores de dichos oficios no avia, ni huvo lugar practicarſe el remedio de la leſion, *& ita pariformiter iudicandum eſt contra Fiſcum*, quando la pretende como vendedor, *nam vbi eadem ratio militat idem ius ſtatui debet, ex vulg. text. illud, 32. ad leg. Aquil.* & ſecundum legem Chriſti, *quòd tibi fieri non vis, altéri ne facias.*

60 Deſcendiendo al vltimo punto, reſulta con claros, y evidentes motivos, que en el caſo preſente no pudo cauſarſe leſion enorme, ni enormiſsima, *tempore contractus*, que es el que conſidera el Derecho, y todos los DD. para reconocer ſi huvo, ò no eſta leſion, y ſi el contrato fue licito, y juſto, y ſobre ſer textual la propoſicion, *ex leg. ſi voluntate, C. de reſcind. vendit. & ex cap. cum dilecti, de emptione, & vendit.* lo notan omnes DD. *in l. 2. C. de reſcind. vendit.* Noguer. *alleg. 2. n. 45.* & D. Amaya *in l. vnic. C. de collation. donator. lib. 10. num. 20.* y contra Nata, Decio, Pinel. Rolando, y otros, que defendian poderſe conſiderar leſion en el tiempo poſterior deſpues del contrato, reprobandolos, ſiguen la concluſion textual Aguſt. Barboſ. *vot. 62. num. 9. & vot. 87. ex num. 41.* Cevall. *quæſt. 664. per tot.* & Hermoſ. *cum plurib. in leg. 56. tit. 5. part. 5. gloſ. 5. à num. 1.*

61 Y en el año de 654. no conſta, ni ſe ha probado por el ſeñor Fiſcal que el oficio tuvieſſe mas valor que el de los 50U. ducados, ni en ſu Mageſtad ſe pudo dar ignorancia del ſalario, y gages, pues en el miſmo Titulo, como ſabidor del que eſta aſsignado à cada ſeñor Miniſtro del Conſejo, reſuelve, y manda que goze del miſmo ſalario, y emolumentos el dicho Don Franciſco; y eſto fue neceſſario que ſu Mageſtad lo eſtableciеſſe como nueva creacion de eſte oficio, por tocarle eſta autori-

ridad, y Regalia, y à ſus Miniſtros, y ſubditos el obedecerla, y executarla, *l.fin.C.de legib. l.2. C.de veter. iure enucleand.* D.Valenç. *conſ.4. num.79.* D.Soloçan. *de iure Indiar.lib.3.cap.27.num.66. cum ſeqq.* porque ſi fuera oficio antiguo, aunque la conceſsion no expreſſara el ſalario, y emolumentos, ſiempre ſe tienen por concedidos, *cap. cum ab Eccleſiarum, de officio ordinarij,* Innocent. *in cap. cum acceſiſſent, de conſtitutionibus,* Alexand. *in l. 1. ff. de iuriſdict. omn. iudic.* Nata *conſ.636. num.37.* Giurb. *conſ.96. num.9.* Carroc. *de locat. 1. part. tit. de mercede omiſſa, quaſt.2. num.11. qui loquitur de Officiali electo, ſine prefinitione ſalarij.*

62 Deſtituido de probança el ſeñor Fiſcal, ſe vale de dos medios. Vno, en ſuponer falta de relacion, y noticia en ſu Mageſtad, y de aqui quiere atribuir dolo en Don Franciſco; lo qual mas parece ſindicato contra la autoridad ſuprema del Conſejo, y el de la Camara, por donde corrieron las diligencias, averiguaciones, informes, y conſultas à ſu Mageſtad; como lo denota el miſmo Titulo del oficio, y ſe prueba en los autos.

63 Y el otro es, valerſe de las Cedulas de factoria, que corrieron por el Conſejo de Hazienda para querer regular el valor, y precio de eſte oficio.

64 Y al primero ſolo devemos reſponder con las miſmas averiguaciones, informes, y conſultas, que le ſerà mas facil al ſeñor Fiſcal verlas, y reconocerlas; y en lo reſpectivo al ſindicato que concibe en la que llama falta de relacion, y noticia à ſu Mageſtad contra los Miniſtros del Conſejo, tan grandes, y zeloſos como los que le componian en aquel tiempo; con lo que *reſponden los Emperados in l.3.C.de crimine ſacrileg.* ibi: *Diſputare de principali iuditio non oportet, ſacrilegij enim inſtar eſt dubitare an is dignus ſit quem elegerit Imperator;* y con lo que dize el Conſulto *in l. filius emancipatus, 14. ff. ad leg. Cornel. de falſis,* ibi: *Sic enim inueni Senatum*

censuisse; y para el caso mejor, *text.in l.si ruo inuito, 65. §.cum Pretor, ff.ad Trebell.* ibi: *Cum Pretor cognita causa per errorem, vel etiam ambitiosè iuberet hereditatem, vt ex fideicommisso restitui: etiam publicè interest restitui propter rerum iudicatarum authoritatem.*

65 Al segundo, en que carga todo su empeño el señor Fiscal, lo primero se nota, que siendo las Cedulas de factoria cometidas à vn particular, como lo fue Bartolomè Espinola para la venta de vassallos, Alcavalas, y tercias, que se benefician solo por el Consejo de Hazienda, no se reconozca, ni repare por el señor Fiscal que su Magestad tambien pudo cometer la averiguacion, y beneficio de este, y los demas oficios que militan debaxo de la proteccion del Consejo Supremo de las Indias, de que constarà por los ya referidos informes, averiguaciones, y consultas. Y tambien consta por los autos; que fue el señor Don Juan Gonçalez de Vzquita y Valdès, quien corriò con el beneficio de estos oficios, como lo depone Don Fernando de Solorçano, Cavallero que fue del Orden de Santiago: *Y si su Magestad interviniendo la grande autoridad de el Consejo, fue quien señalò el precio à este oficio, y despachò el Titulo, que tiene fuerça de ley recopilada in dict. l. 1. tit. 8. lib. 2. Recopil. Indiar.* y que en quanto al goze, y preeminencias la misma ley dize, *que son las que se concedieron por su Magestad conforme à dicho Titulo*; siendo este instrumento el relato de la ley referente, està comprehendido en ella, *cum omnibus suis qualitatibus, ex l. à se toto, ff. de haeredib. instit. & l. in testamento, ff. de condit. & demoustrat. & cap. si Papa, de Priuileg. in 6.* tenet D. Valenç. *consil. 51. num. 16. & 17.* resulta, que este precio fue, y es justo, y el legal establecido por dicha ley, y Titulo, y el que se deve atender, y no al que se contempla por el señor Fiscal por las Cedulas de factoria del Consejo de Hazienda, quando ya està dada

pro-

providencia por las del Consejo de Indias en los oficios, y materias que son peculiares dèl, y andan debaxo de su govierno, como las ventas de vassallos, jurisdicciones, Alcavalas, y tercias, que vnicamente corren por el del Consejo de Hazienda, y para ello sirven sus cedulas particulares de factoria, que ni se hallan recopiladas, ni pueden estenderse à los casos, y cosas que pertenecen à otros Reinos, y Provincias, y leyes municipales con que los govierna el Supremo Consejo de Indias.

66 Vltrà de que quando fuera possible practicar en èl la forma, y reglas de dicha Cedula de factoria, para deducir el valor, y precio capital de este oficio concedido sin jurisdiccio, pues solo la exerce delegada del Consejo en la execucion de las ordenes, y mandatos que se le encargan, todavia no se puede considerar la lesion enormissima que supone el señor Fiscal intervino en esta supuesta venta de oficio, porque solo importa el salario, y gages 41 ŋ. y tantos reales vellon, y al respecto de 30 ŋ. el millar, corresponde el capital à 110 ŋ. ducados, con poca diferencia.

67 Y aunque assi se quisiera estimar con el rigor que contiene la sentencia, esta es notoriamente agraviada, y tampoco puede practicarse la lesion.

68 Lo primero, porque este oficio no se concediò, ni hizo merced dèl su Magestad solo por la cantidad de los cincuenta mil ducados del servicio que Don Francisco hizo en contado, sino en parte de pago, y remuneracion de los servicios del dicho Don Francisco su hermano, y tio, padres, y abuelos, los quales (como ya queda fundado) fueron dignos de mayor recompensa, y assi se confessò por su Magestad; *pues en vno de ellos* (como tambien queda dicho) *ofreciò, y afiançò con Antonio Iustiniano su tio gastar en aquella guerra contra el Pirata, que se auia apoderado de la Ciudad de Truxillo, cincuenta mil ducados*; y con efecto sin considerar otros

gas-

gastos, por la quenta, y libro del Pagador, y Tenedor constò aver gastado *mas de 17ʊ500. tostones de à quatro reales de plata*, y por el todo, siendo tan relevantes servicios, hechos en defensa de la Patria, y de la Ciudad, y Provincia de aquellos Reinos, y Dominios de su Magestad, ni puede conmensurarse su valor, y estimacion, y solo pudo regularlos la liberalidad, y suprema magnificencia de su Magestad, siendo (como es) tan propio de los Principes el gratificar con mucho mas de lo que reciben, lo pondera Cicer. *lib. 1. officior.* inquiens: *Debere Principes agros fertiles imitari, qui multò plus reddunt quam acceperunt*, plura tradit D. Solorç. *emblem. 79. à num. 29. cum seqq.* vbi refert verba: *Chilensis Episcopi, tunc Principem populi dominum esse cum beneficus fuerit, & illum à Deo esse, qui liberalis existit*, refiere asimismo como *el señor Rey Don Alfonso Decimo* se gloriava de aver puesto en las leyes de sus Partidas *el titulo 27. part. 2. de los Galardones: Quasi ostendens hanc curam precisam, & præcipuam esse debere, vt nisi in remunerandis benemerentibus creuerint, nihil se præstitisse putent*; y contra los que pretenden impugnar estas liberalidades remuneratorias, entre otras doctrinas, y sentencias refiere idem Solorçan. *num.* 41. tres de Casiodoro, y la que es mas de nuestro intento la del *lib. 1. epist.* 10. ibi: *Mutilari certè non debet, quòd laborantibus datur, sed à quo fidelis actus exigitur, compensatio imminuta præstetur; prouidete itaque vt quòd benemeritis impendimus, incorrupto munere consequantur.* Y es muy digna de este lugar la respuesta que *à consulta del Consejo de 22. de Abril de 632. diò su Magestad* sobre la duda de vna merced que se avia hecho de tres, ò quatro mil ducados de renta, *que està en las notas despues del tit. 2. lib. 2. Recopil. Indiar. fol. 149.* ibi: *Se siruiò su Magestad de responder: Siempre se ha de entender lo mas en mis resoluciones.*

Igi-

69 *Igitur*, si en el Titulo de este oficio su Magestad tratò de remunerar los servicios del dicho D. Francisco, y lo hizo con dicho oficio, passando à expressar, *que aun eran dignos de mayor remuneracion*, y en sus resoluciones siempre se ha de entender lo mas. Se sigue necessariamente, que aunque el precio del oficio se regulasse por dichas Cedulas de factoria, su Magestad le diò por pagado, y satisfecho de todo èl enteramente, con el valor, y estimacion de dichos servicios, y con la cantidad de los dichos cincuenta mil ducados.

70 Por otro medio se prueba, que tampoco puede cõsiderarse dicha lesion, aunque se estime todo el precio que sale por las reglas de factoria; porque para justificar el valor de los oficios, sienta por regla fixa Bart. *in l. 1. §. nec castrense, ff. de collat. bonorum, n. 5. & 6.* à quien sigue Noguerol, y haze presupuesto de ella *in alleg. 5. num. 39. & 40.* scilicèt: *Que la mitad del salario, y emolumentos deuen corresponder à la cantidad de dinero que se diò; y la otra mitad al ministerio, industria, y trabajo personal en el vso, y exercicio de dicho oficio.*

71 Esta regla se comprueba *ex text. in leg. 1. C. de re militar. lib. 12.* cuius verba sunt: *Stipendia, & donatiua tempore quo apud hostes fuisse te dicis, restitui tibi postbliminio regresso restitutoque, non iure desideras: text. in l. Titio cum esset Romæ, 36. ff. ad municipal.* quem singularem dicit Bald. *in l. non dubium, C. de leg. oposit. 16.* porque expressamente prueba, que solo aquel que se ocupò, y executò la diligencia que se le avia encargado à Ticio, es el que deve llevar el estipendio, ò viatico prometido al mismo Ticio. Por estos textos, y comprobando su doctrina con infinitos AA. funda, y resuelve esta conclusion Noguer. *alleg. 8. ex num. 19. & 20. cum seqq.* y entre estos AA. es especial la doctrina de

Ro-

Rovit. *consil.4.num.13.& 14. volum.2.* à quien sigue Merlin. *de legitim.lib.2.tit.2.quaest.24. num.4.* que resuelven, que el hijo que trae à colació el oficio que avia comprado de su padre, no deve colacionar los frutos, y emolumentos, porque estos los devengò, è hizo suyos con el servicio, y trabajo personal.

72 Et vltrà Rovit. & Merlin. resuelve esta conclusion idem Noguer. con las doctrinas de Ioan. Vincent. de Anna, Ponte *decis.25. num.13. & cons.133. num.8. lib.2.* Tapia, Mastrill. Paschal. Riccio, Toro, Capiblanc. Montan. Gabr. Carrot. Franch. *decis. 165. num.12.* & Rota *decis.330. num.1. & 2. part.2. diversorum.*

73 Y en terminos de frutos de beneficio q̃ no deven considerarse, *quia potius dantur ratione certi ministerij personalis laboris, & seruitij*, son doctrinas de Oxeda *de incompatibilit. 1. part. cap.12. num.8.* Escob. *de ratiotin. cap.29. num.17.* Monet. *de distribut. 1. part. quaest.6. à num.8.* D. Covarr. *lib.3. variar. cap.3. num.1.* D. Salgad. *de Reg. protect. 4. part. cap.3. num.65.*

74 Esta misma conclusion la funda, y resuelve D. Larrea *dict. alleg.82. à num.1.* ibi: *Quia vltrà salarium exercitium personale, & occupationem habebat, & haec compensanda sit cum fructibus officij.* Panormitan. *in cap. ad nostram, num.8. de reb. Eccles.* Bald. *in l. si quis sciens, C. de reivindication. Castrens. in l. diuortio, §. impendia, ff. soluto matrim. vbi communiter notant omnes proprium laborem estimationem recipere, & ex fructibus deducendum esse, ex Boer. & alijs, probabit Ioann. Garcia de expens. cap.1. num.14.*

75 Y para que se vea que no solo ay leyes de Derecho comun (que ya quedan apuntadas) sino leyes del Reino, se hallan tres expressas en la Recopilacion Indiana: La primera *in l.51. tit.2. lib.3.* la qual manda, *que los Virreyes, Presidente, y Oidores no permitan se pague*

à

à los que sirvieren en interim los oficios mas que la mitad del salario de los propietarios en cuyo lugar huuieren sido nombrados. La segunda *es la ley 69. eiusd. tit. & lib.* ibi: *Y assimismo no los puedan proueer en interim con mas de la mitad del salario.* La tercera *es la ley 31. tit. 4. lib. 8.* que manda guardar las antecedentes, *y que los que siruieren en interim por Oficiales Reales, no gozen, ni perciban mas que la mitad del salario que deuen, y pueden lleuar los propietarios.*

76 Luego se sigue la consequencia que en los propietarios siruiendo estos oficios se deuenga la mitad del salario con la ocupacion, y trabajo personal, y que esta mitad no se puede considerar por valor integro del oficio quando se pretenda (como en el caso presente) auerse causado lesion enormissima, *vt tenet prædicti DD.*

77 El señor Fiscal reconociendo que esta es regla, y decision expressa de ley, procurò fundar que no podia practicarse con este oficio, aunque es general para todos; porque no tiene servicio, ni trabajo personal continuo, ni tampoco assiste, ni trabaja en el Consejo diariamente, y que assi no puede deuengar la mitad de dicho salario, y gages: esto tiene facil respuesta, y diferentes, y claras exclusiones.

78 La primera resulta de las clausulas, encargos, y obligaciones que se le imponen por el mismo Titulo, *vt patet ex seqq.*

79 Que personalmente llamado por el Consejo, Camara, y Junta de Guerra, siempre que se ofrezca ha de entrar à tomar sus ordenes, y dar quenta de lo que se le encargare.

80 Que si se eligiesse, ò creasse nuevo Consejo, Junta, ò Tribunal, ha de ser tam bien Alguacil mayor de ellos, y cumplir lo que se le ordenare, y mandare.

81 Que las prisiones, y diligencias que fueren de Ministros, y personas de calidad, ha de tener obligacion de hazerlas por su propia persona.

Que

82 Que ha de cumplir, y executar las diligencias, y comisiones à que se le mandare ir fuera de esta Corte.

83 Estas, y otras obligaciones, y cargas precisas en el servicio, y exercicio de este oficio, no se contemplan por el señor Fiscal, y solo pondera lo que mira à lo honorifico, siendo assi que todo aquello que es sujecion precisa à las ordenes, y mandatos superiores, es falta de alvedrio, y libertad tan estimable, como se pondera en la disposicion de derecho, *ex l. vltim. C. de patr. potestat.* donde la libertad se antepone à la vida, y lo notan todos los DD. *in l. libertas, & leg. non est singulis, §. infinita, ff. de reg. iur. l. 1. tit. 22. part. 4.*

84 Fuera de que dicho Don Francisco, y los demàs que han servido este oficio, solo han tenido obligacion à estar promptos à obedecer, executar, y cumplir en todos los años, y en todos los dias, y ocasiones quantas ordenes, mandatos, negocios, y comissiones se le encargaren por el Consejo, y no por que no se ayan ofrecido las ocasiones de mandar, dexa de hallarse de su parte el merito para devengar, y llevar justamente el salario, como se practica en todo genero de oficios, *vt probant text. in leg. pecuniam, l. aduocationis, C. de conditione ob causam, l. 1. §. Diuus, ff. de varijs, & extraordin. cognition.* El Sabio Rey *in l. 9. tit. 8. part. 5.* ibi: *Esto es por que non fincò por èl de cumplir, è de fazer lo que deuia*, Bolognet. *in l. diem fundo, de offic. Assessor. num. 1.* ibi: *Alia ratio rationis asignari potest, quarè dicatur per eum non stare, quia semper est paratus præstare, & habet animum præstandi operas, & dicitur perseuerare in contractu*, y por estos textos Gutierr. *lib. 1. pract. quæst. 32. num. 1. & 2.* Aceved. *in l. 10. tit. 16. lib. 2. Recopil. num. 4.* Bobadill. *in Politic. lib. 3 cap. 14. num. 63.* y en la practica, y salarios de los Abogados, y Assessores lo sientan por llano Carroc. *de locat. tit. de fructib. & litium expens. num. 9.* Rebuf. *de Priuileg. Scholar. priuileg. 46.* Gra-

tian.

tian. *tom.1.discept.39.num.15.* Aguſt. Barboſ. *de poteſtate Epiſcopi, part.3. alleg.79.num.31.* y es terminante, y ſingular la doctrina de Bart. *in dict. l.diem functo, de offic. Aſſeſſoris, num.1.* donde dà la razon, diziendo, que el tiempo que falta al ſeñalado ſe ſupone averſe continuado con el que ſirviò, y finge cumpliò aquel que eſtuvo preſto, y prompto à continuar, vt ibi: *Intellige quod vacuum tempus prodeſt Aſſeſſoribus, & continuatur cum tempore quo ſeruierunt, quia lex fingit eos ſeruiſſe cum per eos non ſteterit.*

85 Conociendoſe por el ſeñor Fiſcal que por defecto de probança no ha podido, ni puede juſtificar que al tiempo del contrato en èl ſe cauſaſſe leſion enorme, ni enormiſsima, porque en contrario tienen à ſu favor los herederos las reglas, motivos, y conſideraciones que quedan fundadas, y la excluyen, ha diſcurrido que eſta ſe pudo cauſar en los tiempos, y años poſteriores, con ocaſion de los crecidos premios que el tiempo, y el comercio inſenſiblemente fueron dando à la plata, haſta el mayor de dozientos y ſetenta por ciento; la qual, y otras conſideraciones de buen govierno, ocaſionaron la baxa en las monedas, y eſpecies de vellon, que corrieron haſta el año de 680.

86 Y con eſta planta paſſa à hazer ſupueſto de que eſtos premios no pudieron conſiderarſe al tiempo del contrato, y ſu aumento no tocò al comprador del oficio, *pues ſe causò ex facto, & iuſu Principis, ad tradita per DD. in l.Lutius, 11.ff.de euictionib.*

87 Pero eſta conſideracion no tiene fundamento: Lo vno, porque no es cierta la propoſicion de que eſtos premios ſe inſtituyeſſen *ex facto, & iuſu Principis*; y ſolo pudiera acomodarſe à la reſolucion, y Real Pragmatica de Noviembre del año de 686. en q̃ ſu Mageſtad diò aumento, y extenſion al valor intrinſeco de la plata: Lo otro, porque los premios diferentes que la plata

tu-

tuvo hasta el de 680. solo los introduxo el tiempo, los accidentes, y la necessidad del publico Comercio, *y el Derecho nunca se gouierna, ni atiende ad ea quæ sunt accidentalia, & quæ raro eueniunt, & possunt ad esse, & ab esse; l. pretia rerum, 63. §. fin. ff. ad leg. falcid.* ibi: *Dum hic quoque non ex monumentis temporum, nec ex ea quæ raro accidat caritate pretia constituantur; l. 5. ff. de legib.* ibi: *Nam ad ea potius debet adaptari ius, quæ & frequenter, & facile, quam quæ per raro eueniunt*; y los accidentes, y qualidades, *nunquam præsumantur, l. item veniunt, §. cum prædixerimus, ff. de petitione hæreditatis, glos. in l. si verò, §. qui pro rei qualitate, ff. qui satisdare cogantur.* Y la razon es, *quia qualitates accidentales inducunt alterationem in subiecto, vt notatur in l. 1. C. de dignitatibus, lib. 12. & ex Decio, Tiber. Decian. Menoch. Anton. Fabr. & alijs, tenet D. Valenç. consil. 25. à num. 39. & consil. 92. num. 141. cum seqq.* Lo otro, *nam tempus non est modus inducendi, nec tollendi obligationem, vt DD. notant in l. continuus, 137. §. cum quis, ff. de verb. oblig. Garcia de nobilit. glos. 12. num. 86. & glos. 17. num. 45. Nauarr. tom. 3. in Manual. cap. 21. num. 45. vbi explicat.*

88 Y aunque el menor es tan privilegiado en la disposicion de derecho, no se le concede restitucion por causa del daño accidẽtal, y fatal, *probat text. in l. verum, 11. §. item, 4. ff. de minorib.* ibi: *Non restituetur qui sobriè rem suam administrans occasione damni, non inconsultè accidentis, sed fato, velit restitui: nec enim euentus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas*, bonus & melior text. *in l. 1. §. si Magistratus, ff. de Magistrat. conueniend.* ibi: *Non enim debent Magistratus futuros casus, & fortunam pupilo præstare, vbi notant DD. & ex his iuribus D. Salgad. in labyr. 2. part. cap. 4. redditrationem, à num. 77.* ibi: *Nam ad inducendam in dotationem, & exclusionem obligationum, & contractuum*

atten-

intendi oportet tempus obligationis contractæ; etenim damnum illud, quòd posteà euenit, non est in consideratione ad læsionem inducendam.

89 Fuera de que al mismo tiempo que por la necessidad del comercio, y causa publica corrian los premios referidos, crecian con el mismo excesso, y exorbitancia los precios, y valores de todas las cosas, mercaderias, y generos necessarias, assi para el comun alimento, como para el vestuario, casa, y vivienda de la familia de cada vno, en que se consumia lo mismo, y aun mas de lo que podia importar el premio de la plata: lo qual no necessita de mas comprobació que la experiencia annual, y diaria que cada vno practicava para mantener su casa, y familia: *Et secundum naturam est, vt commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur in commoda, de regul.iur.cum vulgat.*

90 Tambien es claro, y manifiesto, que el salario, y gages de dicho oficio, nunca se aumentaron por su Magestad, en cuya especie de plata era donde se devia probar, y justificar el excesso, porque no aviendole; antes bien reformado despues vna porcion en el año de 691. cedió qualquier aumento, y vtilidad en favor del dueño del oficio, como vtilidad, y beneficio comun, que experimentaron generalmente todos los demàs que perciben, y gozan salario, y gages en especie de plata por sus ocupaciones, y oficios, *ad text.in dict.leg. pretia, 63. ff.ad leg.falcid.* ibi: *Pretia rerum non ex affectu, nec vtilitate singulorum, sed communiter fungitur*, en que si la regla fuera cierta se pudiera tambien arguir de lesion enormissima en la percepció, con tan crecidos premios, y en tantos años, que multiplicados importarian vna gran suma de quentos de maravedis en vellon. Pero esto es violento, irregular, è indigno de ponerse en practica para soñar, y hazer en la fantasia discursos de enormissima lesion, cótra todas las reglas, doctrinas aproba-

das,

das, y practica comunmente recibida en todos los Tribunales, que solo admiten la lesion enormissima causada *tempore contractus, & obligationis*: no al posterior, ni al aumento, ò daño que despues se sigue, porque este en pro, y en contra cede para el comprador como dueño del oficio, ò cosa vendida, y posseedor legitimo, con titulo, y buena fee.

91 Y como quiera que al principio el contrato fue licito, y justo, *nihil interest, quæ ex post facto*, sucediesse la variacion de monedas, porque en la de la plata nunca huvo mutacion intrinseca, ni extrinseca, y su mayor estimacion naciò, y se causò de la desestimacion, y vilipendio de la moneda de vellon, como en su caso lo pondera Noguerol *alleg*. 2. *ex num*. 43. refiriendo las doctrinas de Menoch. *consil*. 49. *num*. 3. Surd. *consil*. 368 *num*. 8. Ciriac. *tom*. 2. *controuers*. 391. *num*. 20. & 21. quibus consonat tradita per Antun. *de donat. Reg. lib*. 2. *cap*. 12. *num*. 51. *vbi ex text. in l. pretia rerum*, §. *fin. ff. ad leg. falcid.* & ex Boer. Gratian. Cenc. & Capic. Latro *decis*. 188. *num*. 16. refiere *quòd num*. 18. *pulchrè tradit: Pretia non tantum variari tempore, sed etiam secundum copiam, & inopiam pecuniæ*, discurriendo este Autor, y fundando que à los Magistrados se les deve por el Principe proveer de competente salario, *vt honorificè viuere possint, ex text. in l. hanc*, §. *sexcenti*, *Cod. de aduocat. diuers. iudic. & alijs iuris.*

92 Y sobre todo lo que queda fundado, aunque (como avemos dicho) se considerara por rigurosa venta la de este oficio, y no por merced, y donacion remuneratoria, contrato innominado de permutacion, *vel similis dationi in solutum*; y se tomarà por presupuesto, y valor fixo del oficio los 110U. ducados en que se tassa, por las reglas, y Cedulas de factoria para ventas de vassallos, Alcavalas, y tercias, &c. todavia hechas de esta cantidad las deduciones, y baxas que necessaria y pre-

ci-

cisamente se deven hazer en razon, y en justicia, no llega la cantidad que queda à los cincuenta mil ducados con que sirviò de presente el dicho Don Francisco.

93 Lo primero, porque de dicha tassa, y precio de 110U.ducados, se deven cōsiderar, y baxar los 55U.ducados, y cōsiguientemente los 20U500.reales de vellon por la mitad de salario, y gages en cada vn año, por el servicio, y trabajo personal en el vso, y exercicio del oficio, que se devenga con este motivo, y causa por el que sirve, *aunque no tēga titulo, y derecho de propiedad, como queda fundado, y resulta de las tres leyes de la Recopilacion Indiana, que vàn puestas*; con que el precio, y valor de dichos 110U. ducados queda reducido à los 55U. de capital, y 20U500. reales de la mitad del salario, y gages.

94 Lo segundo, porque tambien se deven baxar, y considerar los ocho mil ducados en que se estimò el derecho de la precedencia, con cuya calidad, y preeminencia se concediò por su Magestad este oficio à Don Francisco, respectiva al Tesorero del Consejo, cuyo derecho se le quitò por executoria, y quedò despojado de ella, y se reconoce por el señor Fiscal que importò, y valiò esta cantidad, y aun en la demanda que puso el año de 658. haze presupuesto de ella; y tanto menos se deviò, y deve considerar de precio, y valor en dicho oficio; siendo (como es) cierto que este derecho de precedencia es de dignidad, y toca en punto de honra, y fama, de mas estimacion que la vida, vt DD. probant *ex text.in l.isti quidem, ff.quòd metus causa, cap.nolo, 12. quæst.1.l.1.tit.22.part.4.* D.Covarrub. *lib.1.variar. cap.2. à num.8. & in regul. peccatum, 1.part.num.7.* y con Farinac. Cravet. y otros DD. docet D.Solorçan. *memor. sobre precedencia del Consejo Supremo de Indias al de Flandes, num.26.*

95 Vltrà de que en la disposicion de derecho tanto mas vale la cosa que se dona, ò vende, quanto im-

por-

porta la qualidad que en si lleva de mayor autoridad, y prerrogativa, vt notat Bald. *in l. fin. num. 5. C. commun. delegat.* Roland. à Valle *consil. 96. num. 42.* Alexand. *in rubric. de noui operis nuntiatione, num. 29.* Anton. Fabr. *lib. 4. C. tit. 30. distint. 20.* & ex plurib. Matienç. *in l. 1. tit. 11. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 26.* ibi: *Tanto pluris valet res, quanto ius, & dominium pinguius vberiusque transfertur, & ita ex contrario, eo minori valet, quo tenuius infirmiusque transfertur.*

96 Con que estimada esta deduccion, y baxa de dichos ocho mil ducados, quedan los 55U. referidos del precio capital de dicho oficio en 47U. ducados; y computados, y considerados los 17U573. tostones de à quatro reales de plata, que consumiò, y gastò el dicho Don Antonio Justiniano, hermano de dicho Don Francisco, en el servicio, y socorro de la Ciudad de Truxillo (sin considerar los demàs servicios, y gastos tan crecidos que hizo con su persona, y criados, y las treinta personas que cerca del susodicho se ofrecieron ir à servir à su Magestad en esta faccion, y los tuvo, y sustentò à su mesa) estos montan 8U786. pesos, y cerca de catorce mil ducados, aunque se considere solo la plata con el premio de cincuenta por ciento; y baxados de los dichos 47U. ducados, quedan 33U. ducados del valor, y precio capital de dicho oficio, con que mal puede considerarse lesion alguna en el caso presente.

97 Y aunque quiera figurarse por otro medio, y planta mas rigurosa, tampoco puede hallarse lesion enormissima; porque aunque no se estimàra el servicio, y trabajo personal contra las leyes, y reglas que le computan, como dexamos fundado, no pueden dissimularse las partidas, y cantidades referidas; la primera de los cincuenta mil ducados del desembolso; la segunda de los catorce mil ducados, que es lo menos que valen los 17U573. tostones: la de los ocho mil ducados en que se estimò la precedencia que se le quitò al oficio, y estas

mon-

montan 72ʒ. ducados; y tambien es preciso que se regulen las demàs cantidades que efectivamente gastaron los dichos Don Francisco Justiniano, Don Antonio su hermano, Antonio Justiniano su tio de su propio caudal, y hazienda en las ocasiones, y servicios que se refieren en la relacion que và puesta de ellos, esto aunque no se tenga atencion al merito, y servicio personal: y lo menos que se puede considerar aver gastado los susodichos en los servicios, y ocasiones referidas son diez mil ducados, segun la consideracion, y juizio que se puede hazer de ellos, con lo qual sube esta partida con las tres referidas à mas de ochenta mil ducados; y para que pudiera contemplarse lesion enormissima, era menester que el valor del oficio no se quedasse en 110ʒ. ducados, como se regulò por la sentencia, sino que passasse de mas de 160ʒ. ducados para darse la lesion en mas de la mitad del justo precio.

98 Y si no fuera por hazer mas prolixo el discurso, y huvieran de correr la consideracion, y pluma à averiguar, y justificar otras baxas, y deducciones que serian justas por la estimacion de los tan grandes, y loables servicios que Don Francisco hizo por su persona, y los que en èl recayeron por la de los dichos Don Antonio su hermano, Antonio Justiniano su tio, y los demàs hechos por sus padres, y abuelos, primeros Conquistadores, y Pobladores, dignos de muy grande remuneracion, y en cuya virtud la pudieran pedir, *como su Magestad confiessa en dicho Titulo, y tiene dispuesto por sus leyes 46. y 48. del tit. 2. lib. 2. de la Recopil. Indian.* vendria à resultar, que no solo no tenia intento, ni motivo alguno el señor Fiscal para proponer, y fundar la dicha lesion, mas antes bien evidente entrada, y fundamentos juridicos para que los herederos la pudieran proponer contra el Fisco, si fuera practicable en las ventas fiscales, como lo resisten las reglas, y doctrinas que quedan notadas.

99 Y de aqui resulta, que la sentencia del Consejo contiene agravio manifiesto contra el dicho Don Francisco, y sus hermanas, como herederos de dicho su padre; pues no solo en el caso claro (como lo es à su favor en el q̃ avemos discurrido) deven obtener, y ser absueltos de la demanda, sino en el caso dudoso contra Fiscum, *vt statutum est in l. 10. ff. de iure Fisci*, ibi: *Non putò delinquere eum, qui in dubijs quæstionibus contra Fiscum facilè responderit*; y por el mismo caso, que es tan arduo, y duro, *cum Principe, aut illius Fisco tanquam potentiori litigare, vt notatur in l. 3. ff. de alien. iudic. mutand. caus. facta, vbi glos.* verb. *Non possumus tamen sub bono Principe Fisci causa multoties habetur mala, l. 2. de aduocat. Fisci*, exornat Ænn. Rob. *lib. 1. rer. iudic. cap. 12.* & ait Plin. *in Panegyr. ad Traj.* ibi: *Eodem foro vtuntur Principatus, & libertas quæ præcipua tua gloria est, sæpius vincitur Fiscus, cuius mala causa nunquam est, nisi sub bono Principe*, Casiod. *lib. 4. variar. epist. 32.* dicens: *Cum in omnibus causis velimus iustitiam custodiri (quia Regni decus est æquitatis affectus) in eis maximè, quæ Fisci nostri nomine proponuntur; ne quemquam detestabilis calumnia in inuidiam regnantis affligat: Patimur enim superari, salua æquitate per leges, vt inter arma semper possimus esse victores.*

100 Menos puede reducirse la especie, y question de este pleito *ad arbitrium iudicij*: porque aunque para el punto de lesion le estimaron algunos DD. que junta Giurb. *decis. 110. num. 3. & 4. Tamen hoc arbitrium non ex proprio capite, sed iuxta iuris regulas sumendum est, probat text. in l. 1. ff. de vsuris*, ibi: *Arbitrio Iudicis vsurarum modus constituitur, ita tamen vt legem non offendat, cap. super his, de accusat.* tradit Andreas de Irsenia *in cap. 1. §. fin. num. 29. de Capitaneo qui Curiam vendidit*, Roman *consil. 376. column. 2. circà fin.* & ita notavit Cæsar Vrsill. *in addit. ad Afflict. decis. 225. num.*

*num.*3. Mandellus Salvens. idem sentit *consil.*99.*n.*7. prosequitur Decian.*lib.*1.*consil.*136.*num.*44. dicens: *Quemadmodum non debet Iudex æquitatem ex voluntate sua statuere, sed ex iuris regulis.* Y es textual la proposicion *ex cap.*1.*de constitut.* ibi: *Quia legum, & Canonum statuta ab omnibus sunt seruanda, & nemo in iudicijs suo sensu duci debet, sed eorum authoritate, & cap. summo opere,*70.*n.*11.*quæst.*3. ibi: *Non ex corde suo, sed ex diuino præcepto, & humana lege sententiam proferant.*

101 *Deniquè de exemplis non est curandum*, ni con ellos puede suplir el señor Fiscal la justificacion que necessitava para esta causa, porque ni los hechos, ni las circunstancias hazen vnas mismas las especies, y casos para que los pueda governar vna misma decision, y regla, *maximè*, quando no son del mismo Senado donde esta se questiona, y assi se nota en la disposicion de Derecho, *Per Iustinianum in l.nemo,* 13. *C. de sentent. & interlocut. omnium iudicum, l.singuli,* 14. *C. de accusationib. & Consultus Procul. in leg. sed licèt,* 12. *ff. de officio Præsid.* ibi: *Non tamen spectandum est, quid Romæ factum est, quam quid fieri debeat*; porque aun el Principe, ni el mismo Senado se sujeta à sus mismas sentencias, pues le queda la facultad, y poder para reveer la causa, y determinar como hallare por derecho, y justicia, ita ex Afflict. Alex. & Gregor. Lop. tenet D. Valenç. *consil.*69.*num.*214.*&* 215. y comprueba su doctrina *ex text.in cap.tum ex litteris, de in integrum restitut.* ibi: *Quia sententia Romanæ Sedis non negatur posse in melius commutari, & text.in l.iure nostro, ff. de testamentar. tut.* ibi: *Nec si Prouinciæ Præses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreuerint, successor eius sententiam, quam leges nostræ non admittunt rectè sequetur*, prosequitur D.Valenç.*num.*216. inquiens: *Meritò enim dixit Proculus Iurisconsultus, in l.sed li-*

cèt,

cèt, ff. de officio Præsid. non tam spectandum esse quid Romæ factum est, quam quid fieri debuerit, Angel. notabiliter consil. 110, incipit: *Sanctissima, & Illustrissima Regina, num. 6. vers. Item ait Regem, Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 1. num. 21. & seqq. & illam Regem, notat ibi Baldus contra illos, qui dicunt se nolle infringere sententias prædecessorum perperam latas.*

102 *Ex quibus*, resulta que ambos medios de defensa propuestos en este breve discurso, y los fundamentos que para prueba de cada vno vàn deducidos, manifiestan la razon, y justicia de estas partes para que se enmiende dicha sentencia, y se les absuelva de la pretension, y demanda del señor Fiscal, y asi lo esperan. S. S. S. D. C.

Lic. Don Iuan Diaz Quixano.